bei Minderleistung jedoch auf ein Drittel beschränkt werden, wobei zuvor aber zumindest die Dynamisierung wieder herzustellen wäre. Die Frage der Einordnung nichtministerialtypischer Tätigkeiten wird nicht angesprochen.
Es ist davon auszugehen, daß die vom Innenausschuß des Deutschen Bundestages bei den Beratungen zum Entwurf des Reformgesetzes angekündigte Überprüfung der Zulageregelungen nunmehr auf Grund der anhaltenden angespannten Haushaltslage in Kürze in Angriff genommen wird. Dabei wird auch über die Frage der Weiterzahlung der oberstbehördlichen Zulage und eine Konkurrenz mit der Leistungszulage zu entscheiden sein.

Der übergesetzliche Prüfungsausschuß

– Von der Ignorierung des Hochschulrechts zum Amtsdelikt, dargestellt am Beispiel Nordrhein-Westfalens –

Prof. Dr. jur. Erwin Quambusch, FH Bielefeld
Prof. Dr. jur. Hans Th. Schmidt, FH Dortmund

Der nordrhein-westfälische Gesetzgeber hat die Zuständigkeit für die Organisation der Hochschulprüfungen neu geregelt. Jedoch besteht Anlaß zu der Annahme, daß die Reform an den Beharrungstendenzen von Hochschulen und Wissenschaftsbürokratie scheitern wird. Die ersten nach der Reform von den Hochschulen erlassenen Prüfungsordnungen vermitteln den Eindruck, daß auch in Zukunft die eingeschliffenen Wege nicht verlassen werden sollen, auch wenn hierfür die gesetzlichen Grundlagen entfallen sind. Dieser bemerkenswerte Vorgang legt den Schluß nahe, daß Hochschulen und Bürokratie zu Reformen selbst dann noch unfähig sind, wenn diese vom Parlament angeordnet werden. Indem man sich über den eindeutigen Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt, geben Hochschulen und Bürokratie zugleich ein neues Beispiel dafür, von welcher Art ihr Demokratieverständnis ist. Allerdings ist die hier zutage tretende Ignoranz nicht folgenlos.

Das Wichtigste in 10 Thesen

1. Die nordrhein-westfälischen Hochschulgesetze haben die Prüfungsorganisation zur Aufgabe des Dekans gemacht.
2. Der Dekan ist auch Widerspruchsbehörde.
3. Der Dekan ist nicht ermächtigt, die ihm vom Gesetz übertragene Verantwortung durch Delegation auf einen Prüfungsausschuß oder einzelne Angehörige des Fachbereichs zu übertragen.
4. Der Dekan kann Mitarbeiter und Professoren zu Hilfstätigkeiten bei der Prüfungsorganisation heranziehen; jedoch können die Hilfstätigkeiten nur nach den Weisungen des Dekans wahrgenommen werden.
5. Die Hochschule vermag mittels ihres Satzungsrechts die Prüfungsorganisation weder ganz noch teilweise gegen das Gesetz auf einen Prüfungsausschuß zu übertragen.
6. Gesetzwidrige Satzungsregelungen werden durch eine Genehmigung nicht rechtmäßig.
7. Die Genehmigung rechtswidriger Prüfungsregelungen stellt in aller Regel ein Dienstvergehen dar.
8. Sachbearbeiter der Prüfungsämter und Vorsitzende der Prüfungsausschüsse machen sich wegen Geheimnisverrats nach § 203 Abs. 2 StGB strafbar, wenn sie studentische Geheimnisse unbefugt Mitgliedern der Prüfungsausschüsse offenbaren.
9. Ein Dekan, der die Weitergabe von Prüfungsgeheimnissen an Mitglieder des unzuständigen Prüfungsausschusses zuläßt, obgleich er dieses verhindern könnte, macht sich nach § 203 StGB strafbar.
10. Die Mitglieder des Rektorats und der für die Veröffentlichung der Prüfungsordnung zuständige Ministerialreferent können sich wegen Teilnahme an dem Geheimnisbruch des § 203 StGB als Täter des § 357 StGB strafbar machen, wenn sie die ungesetzliche Tätigkeit von Prüfungsausschüssen aktiv fördern oder nicht unterbinden.

I. Die Ignorierung des Gesetzgebers

1. Abschied von den Prüfungsausschüssen

Traditionell werden Hochschulprüfungen in aller Regel von einem Prüfungsausschuß organisiert. Dabei ist der Prüfungsausschuß nicht selbst Prüfungsorgan, sondern ein Gremium an einem Fachbereich. Seine hauptsächliche Tätigkeit besteht insbesondere darin, die eigentliche Prüfungshandlung vorzubereiten. Mit einer Novellierung des Hochschulrechts vom 3. 8. 1993[1] hat der nordrhein-westfälische Gesetzgeber vorgesehen, die Prüfungsorganisation nunmehr in die Verantwortung des Dekans zu legen (§ 27 Abs. 1 S. 2 UG und § 23 Abs. 1 S. 2 FHG). Diese Neuerung verspricht insoweit eine Besserung der häufig anzutreffenden Unzulänglichkeiten, weil der Dekan als Verantwortungsträger besser zur Rechenschaft gezogen werden kann als ein Gremium. Nicht zuletzt unterliegt der Dekan der Möglichkeit des disziplinarrechtlichen Zugriffs, wenn er gegen geltendes Recht verstößt, während die Rechtsverstöße eines Prüfungsausschusses disziplinarrechtlich kaum geahndet werden können.
Ob sich allerdings mit der Aufgabenverlagerung auf den Dekan in der Praxis etwas ändern wird, erscheint zweifelhaft.

1 GV.NW S. 532.

Denn wohl kaum ein Professor, der sich der Forschung und der Lehre verpflichtet fühlt, dürfte noch die Funktion des Dekans übernehmen wollen, wenn diese mit einem zusätzlichen disziplinarischen Risiko verbunden ist. Damit die Wahl des Dekans nicht von vornherein an der Furcht vor dem Amt scheitert, wird sich insoweit eine äußerste Zurückhaltung bei der Anwendung des Disziplinarrechts empfehlen. Der durch den Gesetzgeber in die Verantwortung genommene Dekan muß also zwangsläufig von der Ministerialbürokratie unter disziplinarrechtlichen Opportunitätserwägungen wieder entlastet werden.

Obwohl der Gesetzgeber die Verlagerung der Prüfungsorganisation auf den Dekan eindeutig vorgegeben hat, kam es dennoch, wie es kommen mußte: Im allgemeinen wollen – wie es scheint – die Dekane die zusätzliche Verantwortung nicht übernehmen, und die Mitglieder der Prüfungsausschüsse wollen ihre angestammte Aufgabe nicht abgeben. Das ist die Motivlage, die nun dem durchgängigen Versuch zugrunde liegt, die neue Gesetzeslage zu ignorieren oder so zu interpretieren, daß sie sich nicht mehr auswirken und alles oder doch fast alles beim alten bleiben kann. Wird aber fast alles beim alten gelassen, so ergeben sich Konsequenzen nicht nur in disziplinarrechtlicher, sondern auch in verwaltungsrechtlicher und strafrechtlicher Beziehung.

2. Der Dekan als Prüfungsorganisationsbehörde

Als auf Anhieb gesetzwidrig ist jene Verhaltensweise zu erkennen, die die neue Verantwortlichkeit des Dekans überhaupt nicht zur Kenntnis nimmt und den Prüfungsausschuß in der früheren Funktion beläßt. Auch der Umstand, daß die Hochschulprüfungen aufgrund der von der Hochschule als Satzung erlassenen Prüfungsordnung abzulegen sind, verschafft der Hochschule nicht die Möglichkeit, das alte Prüfungsrecht so lange anzuwenden, wie die Satzungen noch nicht der neuen Gesetzeslage angepaßt sind. Vielmehr gilt der Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes, solange zwischen dem nachrangigen Prüfungsrecht und dem Gesetz ein Widerspruch besteht. Demnach kann das alte Prüfungsrecht nur insoweit angewendet werden, wie es nicht im Widerspruch zum Gesetz steht. Nach dem Gesetz aber liegt die Prüfungsorganisation jetzt in der Verantwortung des Dekans, und dieser hat jedenfalls insoweit den Prüfungsausschuß abgelöst.

Indem das Gesetz den Dekan zum Verantwortlichen für die Prüfungsorganisation macht, macht es ihn verantwortlich für die Wahrnehmung jener Lenkungsfunktionen, die ausgeübt werden müssen, um die Prüfungen vorzubereiten und deren Ergebnisse büromäßig aufzuarbeiten und bereitzuhalten. Nur solche Funktionen können gemeint sein; denn die Abnahme der Prüfungsleistungen kann nur eine Angelegenheit der Prüfer sein und damit nicht zur Aufgabe einer organisierenden zentralen Stelle gehören. Die Zuständigkeit des Dekans erfaßt mithin unter den von den Prüfungsordnungen genannten Aufgaben namentlich folgende Angelegenheiten: Auswahl und Bestellung der Prüfer und Beisitzer, Bestimmung der Prüfungsform, evtl. nach Anhörung der Prüfer hierzu, die Entscheidung über die Zulassung zur Prüfung sowie die Benachrichtigung der Kandidaten, die Bildung von Durchschnitts- und Gesamtnoten sowie deren Bekanntgabe und ferner die Gewährung der Einsicht in die Prüfungsakten. Zu den organisatorischen Aufgaben, die auch mit Rücksicht auf die jeweiligen Eigenheiten der Studiengänge und Hochschulen hier nicht abschließend aufgezählt werden können, gehören i.d.R. außerdem die Entscheidungen über die Anrechnung von Studien- und Prüfungsleistungen, die außerhalb der prüfenden Hochschule erbracht worden sind.

Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, daß der Gesetzgeber dem Begriff der Prüfungsorganisation einen anderen Inhalt hätte zugrunde legen wollen mit der Folge, daß die eine oder andere Aufgabe aus der Verantwortung des Dekans hätte ausgenommen und somit der Hochschule die Möglichkeit hätte eröffnet werden sollen, sie durch Satzungsrecht einem Prüfungsausschuß oder einer anderen Stelle zuzuweisen. Insbesondere ist auch nicht vorgesehen, daß der Dekan seine Verantwortung für die Prüfungsorganisation auf eine andere Stelle, namentlich auf einen Prüfungsausschuß, delegieren könnte, um auf diesem Wege den alten Zustand zu gewährleisten. Eine Delegation begründet die Zuständigkeit einer anderen Behörde, indem die ursprünglich vorgesehene Behörde ihre Kompetenzen verliert.[2] Ein solcher Vorgang setzt eine ermächtigende Rechtsnorm desjenigen Organs voraus, das die ursprüngliche Verantwortung begründet hat. Eine solche Ermächtigungsgrundlage ist nicht vorhanden. Eine Delegation ohne ermächtigende Norm verstößt gegen das Verfassungsprinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, weil sie im klaren Widerspruch zum Willen und Wortlaut der o.a. Hochschulgesetze steht, die für die Erfüllung der Organisationsaufgabe die Verantwortung des Dekans begründet haben.

Im übrigen kann zwar der Fachbereichsrat Ausschüsse ins Lebens rufen (vgl. §§ 28 Abs. 5 UG, 24 Abs. 5 FHG), und dies könnte auch auf Antrag des Dekans geschehen, jedoch nur im Rahmen der Gesetze. Das Recht, Ausschüsse zu bilden, kann also nicht dazu instrumentalisiert werden, einen Ausschuß zu berufen, um die Aufgabe der Prüfungsorganisation gegen den Willen des Gesetzes von einem Ausschuß wahrnehmen zu lassen. Eine Übertragung der Organisationsaufgaben im Wege des Satzungsrechts ist demnach ebenfalls rechtswidrig mit der Folge, daß derartige Satzungsregelungen als nichtig anzusehen sind, wobei es hier unwichtig ist, ob evtl. vorhandene rechtmäßige Bestimmungen der Satzung fortbestehen können.[3] Nichtig sind die Satzungen hier jedenfalls insoweit, wie sie die organisatorischen Aufgaben des Dekans einem Prüfungsausschuß zuweisen. So wird etwa bestimmt, daß der Prüfungsausschuß Prüfende und Beisitzer bestellt, über die Anrechnung von Studien- und Prüfungsleistungen sowie ferner über die Zulassung zur Prüfung entscheidet. Darüber hinaus wird dem Prüfungsausschuß die Zuständigkeit für die Entscheidung über Widersprüche gegen Maßnahmen des Prüfungsverfahrens zugewiesen.

3. Zur Verantwortung und büromäßigen Entlastung des Dekans

Soweit solchen Regelungen die Intention zugrunde liegt, den Dekan zu entlasten, könnte diese auch im Rahmen des geltenden Rechts realisiert werden. Die neue Gesetzeslage hat nicht zur Konsequenz, daß der Dekan gehalten wäre, alle Angelegenheiten der Prüfungsorganisation selbst büromäßig zu bearbeiten. Da er das Recht hat, Hilfskräfte nach seinen Weisungen zu beschäftigen (vgl. §§ 27 Abs. 1 S. 7 UG, 23 Abs. 1 S. 7 FHG), vermag er sich deren Hilfe auch in Prü-

2 Vgl. VGH Kassel DVBl. 1953, 47.
3 Vgl. hierzu etwa OVG Münster NJW 1973, 1060; VGH München BayVBl. 1973, 496.

fungsangelegenheiten zu bedienen. Gedacht werden kann ferner an die Möglichkeit des Dekans, mit einem Professor seines Fachbereichs einen öffentlich-rechtlichen Vertrag zu schließen, kraft dessen der Kollege sich verpflichtet, dem Dekan prüfungsorganisatorische Hilfstätigkeiten abzunehmen. In dieser Hinsicht dürften die Prüfungsausschußvorsitzenden von ehedem i.d.R. die nötige Bereitschaft mitbringen, weil sie im Auftrag des Dekans weiterhin ungefähr die gleichen Befugnisse wahrnehmen könnten, die sie früher im Auftrage des Prüfungsausschusses wahrgenommen haben.
Gleichwohl dürfte es sich in aller Regel als überflüssig erweisen, die Figur des öffentlich-rechtlichen Vertrages zu bemühen; denn zu den Aufgaben der Professoren gehört es ohnehin, an der Verwaltung der Hochschule mitzuwirken (§ 48 Abs. 1 S. 2 UG, § 31 Abs. 1 S. 2 FHG). Es gibt keinen Gesichtspunkt, der dafür sprechen könnte, den Begriff der Verwaltung hier so eng auslegen zu müssen, daß die Mitwirkungsverpflichtung sich von vornherein nicht auch auf Hilfstätigkeiten bezieht.[4] Das ist nicht zuletzt deshalb so zu sehen, weil den Professoren Selbständigkeit nur in bezug auf Wissenschaft und Kunst, Forschung und Lehre zugestanden ist (§ 43 Abs. 1 S. 1 HRG). Da aber eine Verwaltungsaufgabe nur in einem angemessenen Umfang und insbesondere unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebots zugemutet werden kann, ist ohne Einverständnis des Professors nicht auszukommen, wenn die Aufgabe einen außergewöhnlichen Umfang hat, und dies kann bei der Übertragung von Prüfungsorganisationsaufgaben erfahrungsgemäß leicht der Fall sein.
Unter diesen Voraussetzungen können dem Kollegen auch Weisungsbefugnisse übertragen werden; er könnte also mithin auch Aufgaben eines nachgeordneten Prüfungsamtsleiters wahrnehmen. Im Rahmen der übernommenen Aufgaben bleibt der Professor jedoch an die generellen und Einzelweisungen des Dekans gebunden. Nur in diesem Rahmen vermag er Entscheidungen auszusprechen. Ermessensentscheidungen kann er nur treffen, soweit der Dekan sein Ermessen selbst gebunden hat. Bei Weisungen, die er für rechtswidrig hält, fällt ihm die Pflicht zur Remonstration zu (vgl. §§ 59 Abs. 2 LBG NW, 56 Abs. 2 BBG). Für Fehler im Rahmen der ihm übertragenen Aufgaben trägt er die persönliche Verantwortung (vgl. §§ 59 Abs. 1 LBG NW, 56 Abs. 1 BBG), so daß er für Fehler vermögens-, disziplinar- und strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Das gleiche gilt, wenn er seine Kompetenzen überschreitet.
Dem Dekan verbleibt in jedem Falle die ihm vom Gesetz auferlegte Verantwortung, die zur weisungsgebundenen Erfüllung der Prüfungsorganisation nötigen Vorgaben zu machen. Die ihm vom Hochschulgesetzgeber zugewiesene Verantwortung ist die einem Beamten übertragene volle persönliche Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der Amtsführung (vgl. §§ 59 Abs. 1 LBG NW, 56 Abs. 1 BBG). Der Dekan unterscheidet sich insoweit nicht von anderen Beamten, denen – aufgrund welcher Regelung auch immer – ein bestimmtes Aufgabengebiet zur Wahrnehmung zugewiesen worden ist. Insoweit ist der Dekan dem Präsidenten eines Justizprüfungsamtes vergleichbar, der die ihm durch Gesetz zugewiesenen Aufgaben nur auf seinen Vertreter im Amt, und zwar auch nur im Fall seiner Verhinderung übertragen kann, nicht aber auf andere Dienstkräfte seiner Behörde.[5] Auch der Dekan trägt somit die Gefahr, sich bei verschuldeten Fehlern haftungs-, disziplinar- und strafrechtlich verantworten zu müssen, soweit sich der Fehler nicht im Rahmen der routinemäßig abgewickelten Hilfstätigkeiten ereignet hat. Diese Gefahr vermag allein auf den Prodekan überzugehen, aber auch nur dann, wenn der Dekan verhindert ist; auf einen anderen Amtsträger geht sie indessen nicht über.
Daß die dem Dekan zugewiesene Verantwortung nicht leicht zu tragen ist, ergibt sich schon aus der Rechtspflicht, nach der der Beamte i.d.R. auch die höchstrichterliche Rechtsprechung zu beachten hat.[6] Auch wenn das Disziplinarrecht gegenüber dem Dekan nur mit großer Vorsicht gehandhabt werden dürfte, so sind durchaus haftungs- und strafrechtliche Konsequenzen nicht von vornherein zu vernachlässigen. Aber auch in disziplinarrechtlicher Beziehung wird der Dekan nicht völlig auf ein wohlwollend angewandtes Opportunitätsprinzip vertrauen dürfen, wo ihm zuzumuten ist, auf den Rechtsrat der Hochschulverwaltung zurückzugreifen.
Die Schwierigkeiten des Dekans vermehren sich, indem er andererseits dem Druck seiner Kollegen ausgesetzt sein kann, von denen er respektiert und manchmal sogar wiedergewählt werden möchte, die jedoch ihrerseits oft das Interesse mitbringen, möglichst jene Rechtsverstöße weiter zu pflegen, die unter der Praxis der Prüfungsausschüsse unbeanstandet gepflegt werden konnten. In diesen Zusammenhang gehört z.B. die verbreitete Übung, besonders beliebte Prüfer zu bevorzugen. Derartige Verstöße gegen das Gleichbehandlungsgebot haben bisher maßgeblich dazu beigetragen, daß das Wunschrecht der Studenten zugunsten derjenigen Prüfer wahrgenommen werden konnte, die sich den Studenten mittels Anforderungen minderen Grades empfehlen. Verfährt jedoch der Dekan gesetzmäßig, so macht er sich fast zwangsläufig unbeliebt.

4. Ein Prüfungsausschuß als Widerspruchsbehörde?

a) Die Frage nach der Selbstverwaltungsbehörde

Während die Gesetzwidrigkeit der dem Prüfungsausschuß zugewiesenen, aber dem Dekan obliegenden Organisationsaufgaben im allgemeinen offenkundig ist, ist die Frage, ob ein Prüfungsausschuß durch Hochschulsatzung zur Widerspruchsbehörde berufen werden kann, zumindest auf Anhieb nicht eindeutig zu beantworten. Geht man davon aus, daß es dem Fachbereichsrat freisteht, Ausschüsse zu bilden und auf sie Entscheidungsbefugnisse zu übertragen, so muß es auch möglich sein, einen Prüfungsausschuß zu bilden. Das Problem liegt darin, für einen solchen Prüfungsausschuß noch eine Aufgabe zu finden, nachdem das Gesetz die Prüfungsorganisation bereits dem Dekan reserviert hat. Vorstellbar ist etwa ein Ausschuß, der sich mit der Fortentwicklung des Hochschulprüfungsrechts befaßt. Die von einigen neuen Prüfungsordnungen getroffene Regelung, den Prüfungsausschuß als Widerspruchsbehörde vorzusehen, stößt indessen auf schwere rechtliche Bedenken.
Wird gegen eine Prüfungsentscheidung Widerspruch eingelegt und wird dem Widerspruch nicht stattgegeben, so muß gem. § 73 VwGO ein Widerspruchsbescheid ergehen. In Selbstverwaltungsangelegenheiten und damit auch in Hochschulprüfungsangelegenheiten muß der Widerspruchsbescheid von der

4 Vgl. auch *Dellian* in: *Dallinger/Bode/Dellian*, HRG, 1978, § 43 Rn. 12.
5 Vgl. BGHZ 95, 238; VGH Kassel, Urt. v. 5. 7. 1990 – 6 UE 2295/89.
6 Vgl. BGH NJW-RR 1992, 919; *Hilg*, Beamtenrecht, 3. Aufl. 1990, § 27 III 2 m.w.N.

zuständigen Selbstverwaltungsbehörde erlassen werden (§ 73 Abs. 1 Nr. 3 VwGO). Nicht völlig klar erscheint auf Anhieb, welche Behörde hier die Selbstverwaltungsbehörde ist.
Gedacht werden kann zunächst an das Prüfungsorgan, also an den einzelnen oder mehrere Prüfer. Das Prüfungsorgan ist jedoch nicht Behörde, denn die Eigenschaft einer Behörde kann nur eine Stelle haben, die in der Lage ist, Aufgaben der öffentlichen Verwaltung fortwährend nach außen hin wahrzunehmen.[7] Es kann sich nach gefestigtem Verständnis hier nur um eine Stelle handeln, die ihre Aufgaben unabhängig vom Wechsel der bei ihr tätigen Personen wahrzunehmen vermag.[8] Der einzelne Prüfer kann daher ebenso wie eine aus mehreren Prüfern zusammengesetzte Prüfungskommission in aller Regel nicht Behörde sein. Denn hier werden bestimmte Personen mit Rücksicht auf ihre spezifische Eignung, ihre jeweilige Verfügbarkeit oder auch wegen ihrer Vertrautheit oder persönlichen Beliebtheit situationsbezogen ausgewählt; es besteht also gerade nicht die erforderliche Unabhängigkeit vom Wechsel der tätigen Personen. Mit Rücksicht hierauf müssen die Entscheidungen, die die zur Prüfung berufenen Individuen treffen, der Hochschule zugerechnet werden. Diese und nicht das Prüfungsorgan besitzt darüber hinaus die Befugnis, nach außen hin in Erscheinung zu treten, namentlich auch durch die Erteilung der Zeugnisse.[9] Als zuständige Behörde kann daher nur diejenige Stelle in Betracht kommen, für die das Prüfungsorgan tätig wird. Indessen kann unter den verschiedenen Behörden der Hochschule jetzt wiederum nur der Dekan zuständige Behörde sein, weil ihm exklusiv die Verantwortung für die Prüfungsorganisation und mithin auch für die Auswahl und Bestellung der – wechselnden – Prüfer zugewiesen ist.
Aber selbst dann, wenn man dementgegen ebenfalls in dem jeweiligen Prüfungsorgan eine Behörde sehen wollte, so ist doch von vornherein klar, daß ein aus Mitgliedern des Fachbereichsrates zusammengesetzter Prüfungsausschuß nicht Behörde sein kann. Ein solcher Ausschuß steht völlig außerhalb der gesetzlichen Bestimmungen zur Prüfungsorganisation. Mit Rücksicht auf die Regelung, nach der der Dekan die Prüfungen organisieren muß, ist nicht zu sehen, wie ein solcher Ausschuß in eben diese Aufgabe eingebunden werden sollte. Auch ist nicht zu sehen, wie ein Ausschuß des Fachbereichsrates, der als beschließender Ausschuß konzipiert ist (vgl. §§ 28 Abs. 5 UG, 24 Abs. 5 FHG), in Angelegenheiten der Prüfungsorganisation hier der unverzichtbaren Weisungsbefugnis des Dekans unterstellt werden könnte.
Kann schon ein solcher Ausschuß des Fachbereichsrates nicht zur Behörde in Prüfungsangelegenheiten werden, so gilt das ebenfalls für solche Ausschüsse, die der Fachbereichsrat nicht aus seiner Mitte, sondern unter Einbeziehung anderer Angehöriger des Fachbereichs wählt. Für die – allerdings weitgehend übliche – Wahl eines solchen Prüfungsausschusses und die – ebenfalls weitgehend übliche – Praxis, einen solchen Ausschuß als Prüfungsbehörde auftreten zu lassen, gibt es in den hier angeführten nordrhein-westfälischen Gesetzen nicht einmal den Anschein einer Rechtsgrundlage.
Widerspruchsbehörde i.S.v. § 73 Abs. 1 Nr. 3 VwGO ist nach alledem der Dekan. Daß inhaltlich die zu treffende Entscheidung oft von den Prüfern getroffen und insoweit dem Dekan intern vorgegeben werden muß, verschafft den Prüfern noch nicht die Eigenschaft einer Behörde.[10] Das kann übrigens auch nicht anders sein, wenn ein Prüfer im Rahmen des Widerspruchsverfahrens seiner Verpflichtung zum Überdenken[11] nachkommen muß.[12] Für die hier anzustellende Betrachtung sind diese Gesichtspunkte jedoch schon deshalb nicht weiter zu verfolgen, weil ein Prüfer, der bei der von ihm zu treffenden ersten Entscheidung nicht die Behördeneigenschaft hat haben können, diese auch nicht im Rahmen des Widerspruchsverfahrens erlangen kann.

b) Keine Sonderregelung durch Satzungsrecht

Die Regelung des § 73 Abs. 1 Nr. 3 VwGO, nach der der Dekan als Widerspruchsbehörde anzusehen ist, steht allerdings unter dem Vorbehalt, daß durch Gesetz nichts anderes bestimmt wird. Wo heute Hochschulprüfungssatzungen einen Prüfungsausschuß zur Widerspruchsbehörde bestimmen, stellt sich somit die Frage, ob eine Satzung die Qualität eines Gesetzes im Sinne dieser Regelung haben kann. Die Frage ist zu verneinen, und zwar nicht nur deshalb, weil die völlig herrschende Meinung als Gesetz im Zusammenhang mit dieser Vorschrift nur ein Bundes- oder Landesgesetz anerkennt.[13]
Zwar hat auch eine Satzung die Qualität eines Gesetzes im materiellen Sinne; aber gleichwohl kann eine Satzung hier nicht ausreichen, um eine Spezialregelung vornehmen zu können. Das ergibt sich auf Anhieb schon aus der *ratio* der VwGO. Würde die VwGO auch Satzungsregelungen als Sonderregelungen zulassen, so müßte dies angesichts der Vielzahl möglicher Satzungsregelungen zur Unübersichtlichkeit führen, zumal durch die Satzungen jeweils wiederum unterschiedliche Widerspruchsbehörden bestimmt werden könnten. Das würde auch dazu führen, daß die Verwaltungsgerichte gehalten wären, in zahlreichen Fällen zusätzlich inzidenter zu prüfen, ob die jeweilige Satzung gesetzmäßig ist. Es kann von der VwGO nicht gewollt sein, die Rechtsprechung auf diese Weise zusätzlich zu belasten und damit den verfassungsrechtlich gebotenen effektiven Rechtsschutz zu schmälern, ohne daß dieser Nachteil durch einen besonderen Nutzen gerechtfertigt werden kann.
Im übrigen aber kann nicht durch Satzung die dem Dekan als Selbstverwaltungsbehörde zufallende Funktion der Widerspruchsbehörde auf eine andere Stelle übertragen werden, weil das Gesetz eine solche Regelung gar nicht gestattet. Indem die Hochschulgesetze die Prüfungsorganisation auf den Dekan übertragen haben, ohne eine Sonderregelung zur Funktion als Widerspruchsbehörde zu treffen, gehen die Gesetze offensichtlich davon aus, daß die Regelsituation des § 73 Abs. 1 Nr. 3 VwGO gelten soll. Danach ist der Dekan die Widerspruchsbehörde. Es fehlt der Hochschule also auch insofern der Spielraum, eine abweichende Regelung durch Satzung zu treffen. Wird sie gleichwohl getroffen, so ist sie rechtswidrig, weil sie gegen den Vorrang des Gesetzes verstößt (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG).

7 Vgl. auch den zu knapp gefaßten § 1 Abs. 4 VwVfG.
8 Vgl. OVG Münster DVBl. 1987, 102.
9 Vgl. auch BVerwG NVwZ 1987, 609.
10 Vgl. *Kopp*, VwGO, 10. Aufl. 1994, § 73 Rn. 3.
11 Vgl. BVerfG NJW 1991, 2005
12 Allerdings muß diese Pflicht nicht zwingend innerhalb des Widerspruchsverfahrens wahrgenommen werden; vgl. *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht II, 3. Aufl. 1994, Rn. 314 ff.
13 Vgl. *Eyermann/Fröhler*, VwGO, 9. Aufl. 1988, § 73 Rn. 3 m.w.N.

II. Öffentlich-rechtliche Konsequenzen bei der Genehmigung und Handhabung rechtswidriger Prüfungsordnungen

1. Momente der Rechtmäßigkeitskontrolle

Da nach alledem feststeht, daß Angelegenheiten der Prüfungsorganisation nur vom Dekan sowie nach dessen Weisung auch von Hilfskräften wahrgenommen werden können, andererseits aber insoweit eine weit verbreitete Neigung zum Rechtsbruch zu bemerken ist, stellt sich die Frage, wie das geltende Recht gewährleistet werden kann.

Der Gesetzgeber hat dafür gesorgt, daß das Wissenschaftsministerium als Rechtsaufsichtsbehörde von der Existenz neuer rechtswidriger Prüfungsordnungen erfährt, indem es der Hochschule eine Anzeigepflicht auferlegt hat (§§ 108 Abs. 1 S. 3 UG, 73 Abs. 1 S. 3 FHG). Gem. § 106 Abs. 2 UG und § 71 Abs. 2 FHG kann das Ministerium rechtswidrige Beschlüsse, Maßnahmen und Unterlassungen der Organe, Gremien und Funktionsträger der Hochschulen beanstanden. Ob sich das Ministerium zu einer – regelmäßig arbeitsaufwendigen und klimaverschlechternden – Beanstandung entschließt, liegt hiernach in seinem Ermessen. Das Ministerium ist also insoweit grundsätzlich nicht gezwungen, die Einhaltung des geltenden Rechts zu gewährleisten. Jedoch wird man hier von einer Ermessensschrumpfung auf Null auszugehen haben, weil ein evidenter und dazu folgenreicher Verstoß gegen das Prinzip der Gesetzmäßigkeit und damit gegen einen tragenden Grundsatz des Rechtsstaatsprinzips wohl kaum unter irgendeinem Umstand erträglich erscheinen kann. Insbesondere ist hier zu sehen, daß der von der fehlerhaften Satzung ausgehende Anschein ihrer Rechtsgeltung beseitigt werden muß.[14]

Bedeutend ist hier ferner, daß für die Genehmigung von Prüfungsordnungen nunmehr der Rektor zuständig ist (§§ 108 Abs. 1 S. 2 UG, 73 Abs. 1 S. 2 FHG). Damit wird ein Moment der Rechtmäßigkeitskontrolle (wie es sonst im allgemeinen von der Staatsverwaltung wahrgenommen wird) in die Zuständigkeit der Hochschule gelegt und damit selbstverständlich auch den Interessen ausgesetzt, die *de facto* die Verhältnisse vor Ort prägen. Geht man von § 16 Abs. 1 S. 1 HRG aus, so bedürfen die Prüfungsordnungen der Genehmigung einer Landesbehörde. Wo diese Aufgabe heute vom Rektor wahrzunehmen ist, muß indessen dem Rektor notwendig auch die Pflicht zufallen, sich um die größtmögliche Sachrichtigkeit zu bemühen. Jedenfalls gibt es keinen vernünftigen Gesichtspunkt für die Annahme, mit der Übertragung der Genehmigungsaufgabe auf den Rektor habe das Gesetz die Anforderungen an die Sachrichtigkeit vermindert. Daher muß die Überprüfung der Prüfungsordnung durch den Rektor qualitativ mindestens den Anforderungen entsprechen, denen bisher die Ministerialbürokratie gerecht werden mußte.

2. Folgen fehlerhaften Verhaltens

Mit der zugewiesenen Genehmigungsaufgabe werden auch die Dienstpflichten des Rektors und der Dienstkräfte erweitert, die insoweit zur Unterstützung des Rektors berufen sind. Insbesondere müssen die unterschiedlichen Versagungsgründe[15] bekannt sein und beachtet werden. Das ist in besonderer Weise hinsichtlich der ausdrücklichen Regelung hervorzuheben, nach der die Genehmigung zu versagen ist, wenn die Prüfungsordnung gegen das Hochschulrecht selbst verstößt (§§ 108 Abs. 3 S. 1 UG, 73 Abs. 3 S. 1 FHG).

Genehmigt der Rektor eine rechtswidrige Prüfungsordnung, so wird hierdurch selbstverständlich die rechtswidrige Regelung nicht rechtmäßig; denn eine Satzung, die höherrangiges Recht verletzt, kann nicht rechtens sein. Damit fehlt es an der gesetzlichen Grundlage, so daß belastende Einzelfallentscheidungen schon aus diesem Grunde erfolgreich angefochten werden können. Eine Prüfungsentscheidung kann indessen im Einzelfall nicht nur angefochten werden, wenn die Prüfungsleistung als nicht ausreichend bewertet worden ist, sondern auch schon dann, wenn eine andere als die mögliche Bestnote zuerkannt worden ist.[16]

Konzentriert man sich auf den Rektor als den im Genehmigungsverfahren in erster Linie verantwortlichen Amtsträger, so wird ihm eine rechtswidrig erteilte Genehmigung in aller Regel als Dienstvergehen zur Last fallen, wenn mit der Genehmigung gegen eindeutige hochschulrechtliche Bestimmungen verstoßen wird. Ein solches Verhalten wird fast immer als vorsätzlich oder fahrlässig zu qualifizieren sein (vgl. hier § 83 Abs. 1 S. 1 LBG NW). Auch wenn man berücksichtigt, daß der Rektor in den meisten Fällen wohl nicht Jurist ist, so sind doch die Regelungen, die die Zuständigkeit des Dekans für die Prüfungsorganisation begründen, so eindeutig, daß sie auch von einem juristischen Laien kaum fehlgedeutet werden können. Das gilt erst recht in bezug auf einen mit Hochschulsachen ständig befaßten Akademiker. Im übrigen ist von einem Rektor wie von jedem Beamten zu erwarten, daß er sich die zur Führung des Amtes erforderlichen Rechtskenntnisse verschafft.[17] Bei einem Rektor müssen deshalb zumindest Zweifel aufkommen, wenn sich eine Hochschulprüfungsordnung gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes stellt. Demgemäß hat auch das Wissenschaftsministerium auf eine – an sich überflüssige – Anfrage durch Erlaß[18] kurz und bündig erklärt, daß die Aufgaben, die dem Dekan kraft Gesetzes übertragen worden sind, sich eindeutig aus dem Gesetz ergeben und keiner näheren Erläuterung bedürfen.

Ein Rektor, der sich gleichwohl dem Druck oder der Intention ausgesetzt sieht, Bedenken gegen eine gesetzwidrige Prüfungsregelung hintanzustellen, hätte auf jeden Fall die Pflicht, sich unbedingt um die Aufklärung evtl. noch verbliebener Zweifel zu bemühen. Inwieweit dem Rektor evtl. noch die Möglichkeit verbleibt, sich hinter eine Falschinformation eines Verwaltungsangehörigen und insbesondere des Kanzlers zurückzuziehen, ist eine Frage des Einzelfalles, ebenso die Frage, inwieweit auch diese Personen sich im Falle der Fehlinformation eines Dienstvergehens schuldig gemacht haben. Ob freilich ein Ministerium geneigt sein kann, die Genehmigung einer rechtswidrigen Prüfungsordnung als Dienstvergehen zu verfolgen, wenn dasselbe Ministerium von der Möglichkeit zur Beanstandung keinen Gebrauch gemacht hat, steht auf einem ganz anderen Blatt.

Des weiteren unterliegen der mit der Prüfungsorganisation betraute Dekan und dessen Hilfskräfte einer besonderen datenschutzrechtlichen Pflichtbindung. Gegen diese Pflicht-

14 Vgl. BVerfG BayVBl. 1987, 310.
15 Vgl. deren Auflistung bei *Hailbronner/Waldeyer,* HRG, § 16 Rn. 19 ff.
16 Vgl. auch *Meder,* Anm. zu VG Potsdam, APF 1996, Br. 13.
17 BGHZ 117, 240, 249.
18 II A 2-8134.2 vom 5. 7. 1994.

bindung können allerdings auch Personen verstoßen, die sich im Widerspruch zu den geltenden Rechtsnormen mit Prüfungsangelegenheiten befassen oder unbefugt Personen hierzu veranlassen. Angesichts der zu beobachtenden Neigung, die gesetzliche Vorgabe zur Prüfungsorganisation zu mißachten, stellt sich insbesondere die Frage, inwieweit dieses Verhalten strafbar ist oder die Merkmale einer Ordnungswidrigkeit erfüllt. Auch bestehen insoweit zweifellos disziplinarrechtliche Aspekte, denen freilich die Ministerialbürokratie – wie bereits gesagt – aus Opportunitätserwägungen kaum nachgehen dürfte. Nicht ganz uninteressant ist hier jedoch der Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB, Art. 34 GG. Da der Amtshaftungsanspruch hier jedoch nicht von zentraler Bedeutung ist, kann sowohl die Frage nach der Form des Schadensersatzes[19] als auch das Thema des im bürgerlichen Recht geltenden besonderen Fahrlässigkeitsbegriffs (vgl. § 276 Abs. 1 S. 2 BGB) vernachlässigt werden.

III. Strafrechtliche Konsequenzen der ungesetzlichen Prüfungsorganisation

Die bewußte Mißachtung der gesetzlichen Vorgaben über die Prüfungsorganisation hat einen entsprechend sorglosen Umgang mit den im Rahmen der Prüfungsverfahren erlangten persönlichen Angaben der Studenten zur Folge. Es stellt sich die Frage, ob die Weitergabe von Prüfungsinterna an unzuständige Hochschulangehörige, in der hier allein zu untersuchenden Fallgestaltung an die Mitglieder der Prüfungsausschüsse, nicht nur, wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, rechtswidrig, sondern zudem auch strafbares Unrecht ist. Im weiteren wird deshalb dargelegt, in welchen Fällen die Weitergabe durch Hochschulangehörige Tatbestände der Strafgesetze oder einer Ordnungswidrigkeit verletzt, ob die Weitergabe möglicherweise gerechtfertigt ist und unter welchen Voraussetzungen sie einzelnen Amtsträgern der Hochschule vorwerfbar ist.

1. Geheimnisverrat gemäß § 203 StGB

Als erstes soll geprüft werden, ob und wann die Weitergabe von Prüfungstatsachen an Mitglieder und den Vorsitzenden des Prüfungsausschusses nach § 203 StGB strafbar ist. In § 203 Abs. 2 StGB wird derjenige mit Strafe bedroht, der unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis offenbart, das ihm als Amtsträger anvertraut worden oder sonst bekannt geworden ist. Einem Geheimnis gleichgestellt sind für Amtsträger zudem regelmäßig auch Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse, die für Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfaßt wurden.

a) Täterkreis

Täter des § 203 Abs. 2 StGB können nur Amtsträger sein, da es sich bei diesem Strafgesetz um ein echtes Sonderdelikt handelt. Die Sachbearbeiter der Prüfungsämter bzw. Prüfungssekretariate, der Dekan und der Vorsitzende des Prüfungsausschusses kommen als potentielle Täter in Betracht, wenn sie die ihnen anvertrauten Prüfungstatsachen an Mitglieder der Prüfungsausschüsse offenbaren. Die genannten Personen sind unzweifelhaft alle Amtsträger gem. § 11 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. Keinen Einfluß auf die Frage der Strafbarkeit des Vorsitzenden des Prüfungsausschusses hat, daß letzterer sein Amt nicht rechtmäßig wahrnimmt.[20]
Der Sachbearbeiter und der Vorsitzende des Prüfungsausschusses werden die Tatbestandsmerkmale des § 203 StGB in eigener Person durch aktives Tun erfüllen. Sie sind unzweifelhaft Täter gem. § 25 Abs. 1 StGB. Dem Dekan wird dagegen möglicherweise strafbares Unterlassen vorzuwerfen sein. Ob der das täterschaftliche Begehungsunrecht eines Dritten nicht hindernde Garant Unterlassungstäter oder nur Gehilfe der Tat des Dritten ist, ist strittig. Auf die Frage der Täterschaft des Dekans wird deshalb im Rahmen der Wertung seiner Untätigkeit einzugehen sein.[21]

b) Gegenstand des Geheimnisbruchs

Geschütztes Rechtsgut des § 203 StGB ist der persönliche Lebens- und Geheimnisbereich des Einzelnen. Als Tatgegenstand kommen in den zu untersuchenden Lebenssachverhalten »Geheimnisse« sowie personenbezogene Daten der Studierenden in Betracht.
Bewertungen von Studien- und Prüfungsleistungen sind unzweifelhaft Geheimnisse im Sinne des § 203 StGB. Es handelt sich um Tatsachen aus dem Lebensbereich einer bestimmten Person, die nur einem kleinen Personenkreis bekannt sind. Die in den Prüfungsämtern der Hochschulen festgehaltenen Ergebnisse von Studien- und Prüfungsleistungen der Studenten sind als Geheimnisse, aber nicht zugleich auch als Einzelangaben im Sinne des § 203 Abs. 2 Satz 2 StGB geschützt, was sich aus der Gleichstellungsklausel ergibt.[22] Auch persönliche Angaben zur Begründung von Widersprüchen oder Anträgen auf Anerkennung, Befreiung, Anrechnung von Studien- und Prüfungsleistungen, auf Verlängerung von Bearbeitungszeiten u.ä. durch Studenten sind unzweifelhaft private Geheimnisse im Sinne des § 203 StGB, denn es handelt sich auch hier in allen Fällen um Tatsachen, die allein einem bestimmbaren Personenkreis bekannt sind.
An der Geheimhaltung der genannten Tatsachen aus dem persönlichen Lebensbereich haben die Studenten ein anzuerkennendes Interesse. Erfolge wie Mißerfolge im Studium, Tatsachen aus dem persönlichen Leben, die zur Begründung in Anträgen vorgetragen werden u.ä. wünscht niemand an die große Glocke gehängt zu sehen. Der Geheimhaltungswille der Betroffenen folgt hier aus der Natur dieser Tatsachen. Daß es sich hier um schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen handelt, findet seinen Niederschlag etwa in Prüfungsordnungen darin, daß die mit den Prüfungsangelegenheiten befaßten Personen ausdrücklich zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet werden und die Entscheidungen in nichtöffentlichen Sitzungen zu treffen sind, oder aber darin, daß Prüfungsergebnisse nicht mit Namensnennung ausgehängt werden.[23]
Für die Sachbearbeiter der Prüfungsämter, den Dekan wie den Vorsitzenden des Prüfungsausschusses sind die genannten Geheimnisse »fremd« im Sinne des Tatbestandes, da sie Lebensbereichen dritter Personen entstammen.

---

19 Hierzu *Vahle*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, DNP 1993, 247, 325.
20 Vgl. *Jähnke* in: Leipziger Kommentar zum StGB, 10. Aufl. 1989, Bd. 5, § 203 Rn. 101; *Lenckner* in: *Schönke-Schröder*, Kommentar zum StGB, 24. Aufl. 1991, § 203 Rn. 34.
21 Vgl. Ausführungen unter d) bb).
22 Vgl. *Jähnke*, a.a.O., Fn. 20, Rn. 45; *Dreher/Tröndle*, Kommentar zum StGB, 47. Aufl. 1995, § 203 Rn. 9.
23 So z.B. Runderlaß des MWF NW vom 13. 2. 1981 – IV A 5-7301.02 –.

c) Kenntniserlangung

Geschützt sind nur Privatgeheimnisse, die dem Amtsträger in seiner beruflichen Eigenschaft anvertraut oder sonst bekanntgeworden sind. Das Anvertrauen muß allerdings nicht unmittelbar gegenüber dem Geheimnisträger selbst erfolgt sein. Der Amtsträger kann auch durch Mitteilung Dritter, etwa eines Prüfers, Kenntnis von dem Geheimnis erhalten. Gleichermaßen geschützt sind zudem Geheimnisse, die dem Amtsträger im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit bekannt werden, etwa aus Dateien, Akten und Unterlagen des Prüfungsamtes.

Der Studierende wird sich in aller Regel mit seinen Anliegen in Prüfungsangelegenheiten an das Prüfungsamt wenden und dort seine Anträge abgeben. Auch die Prüfer übergeben ihre Prüfungsergebnisse und -unterlagen dem Prüfungsamt, das diese verarbeitet, speichert und verwahrt. Die geschützten Tatsachen werden so als erstem i.d.R. dem Sachbearbeiter des Prüfungsamtes bekannt.

Dieses ist rechtlich nicht zu beanstanden. Da der in der Sache zuständige Dekan für die Erledigung seiner Aufgaben im Bereich der Prüfungsorganisation einer büromäßigen Unterstützung durch ein Prüfungsamt oder -sekretariat bedarf, ist dessen Einrichtung für einen ordnungsgemäßen Geschäftsgang in aller Regel erforderlich und, wie oben dargelegt[24], rechtlich nicht zu beanstanden. Die Beauftragung von Mitarbeitern der Hochschulverwaltung mit der Entgegennahme und Vorbereitung von Prüfungsangelegenheiten sowie der entsprechenden Akten- und Dateiführung verstößt deshalb nicht gegen § 203 StGB.[25]

d) Das Offenbaren des Geheimnisses

Die genannten Geheimnisse werden den Mitarbeitern des Prüfungsamtes oder dem Vorsitzenden des Prüfungsausschusses in ihrer Amtseigenschaft anvertraut oder in sonstiger Weise mittelbar im Rahmen ihrer Amtstätigkeit bekannt. Der Dekan dürfte sich die Prüfungsakten zwar i.d.R. nicht vorlegen lassen, hat aber kraft seines Amtes Zugriff auf diese Geheimnisse.

aa) Die aktive Offenbarung

Die inkriminierte Tathandlung des § 203 Abs. 2 StGB besteht im unbefugten Offenbaren der anvertrauten fremden Geheimnisse oder der im Prüfungsamt erfaßten Daten an Dritte.

Ein Geheimnisbruch im Sinne des § 203 liegt deshalb vor, wenn ein Sachbearbeiter des Prüfungsamtes dem, wie dargelegt, nicht zuständigen Vorsitzenden oder den Mitgliedern des Prüfungsausschusses Prüfungsunterlagen übergibt und diesen damit Geheimnisse sowie im Prüfungsamt erfaßte Einzelangaben offenbart. In gleicher Weise verletzt der Vorsitzende des Prüfungsausschusses seine Verschwiegenheitspflicht, wenn er die persönlichen Tatsachen den Mitgliedern des Prüfungsausschusses auf den Sitzungen dieses Gremiums unterbreitet.

bb) Offenbarung durch pflichtwidriges Unterlassen

Der Dekan wird die geschützten Geheimnisse möglicherweise durch pflichtwidriges Unterlassen Dritten, hier den Mitgliedern des Prüfungsausschusses, zur Kenntnis kommen lassen. Strafbarer Geheimnisverrat kann auch durch pflichtwidrige Untätigkeit begangen werden.[26]

Der Dekan wird in der Praxis zwar die Prüfungsunterlagen weder persönlich erhalten noch an die Mitglieder des Prüfungsausschusses selbst übergeben. Er ist aber aufgrund der gesetzlichen Aufgabenzuweisung der §§ 27 Abs. 1 S. 2 UG, 23 Abs. 1 S. 2 FHG zum Schutz der in den Prüfungsakten enthaltenen persönlichen Geheimnisse und Daten verpflichtet. Soweit er kraft seines Amtes Zugang zu den fremden Geheimnissen hat und die Sachbearbeiter des Prüfungsamtes fachlich seinen Weisungen unterstehen, ist er in der Lage, die Weitergabe der fremden Geheimnisse an Außenstehende zu unterbinden. Läßt er als Schutzgarant (§ 13 StGB) die rechtswidrige Offenbarung durch den Sachbearbeiter an Mitglieder des unzuständigen Prüfungsausschusses geschehen, so verletzt er deshalb i.d.R. durch Unterlassen den Straftatbestand des § 203 StGB.

Mit seiner Untätigkeit will der Dekan nicht die fremde Begehungstat des Sachbearbeiters fördern. Sein Unterlassen wird nicht innerlich von einem Teilnehmerwillen *(animus socii)* getragen sein. Ihm ist bewußt, daß der Gesetzgeber ihn als den für die Prüfungsorganisation allein zuständigen Amtsträger bestimmt hat, dem damit auch primär der Schutz der Prüfungsdaten obliegt. In der Kenntnis sowohl seiner Verantwortlichkeit für die Prüfungsorganisation wie seiner Tatherrschaft trifft er die autonome Entscheidung, nicht einzugreifen. Bei wertender Betrachtung dieser Tatumstände muß man den Dekan in den interessierenden Fallgestaltungen deshalb als Täter qualifizieren.[27]

Grundlage für eine Mittäterschaft ist ein gemeinsames Wollen der Tat. Eine ausdrückliche Verabredung der Tat zwischen Dekan und Sachbearbeiter ist für die Annahme einer Mittäterschaft dagegen nicht erforderlich.[28] Ob im Einzelfall Mittäter- oder Nebentäterschaft gegeben sein wird, muß aus den konkreten Umständen bestimmt werden.

Sollte man die Untätigkeit des Dekans lediglich als Unterstützung der Tat des Sachbearbeiters des Prüfungsamtes, d.h. als negative Beihilfe, qualifizieren, würde dieses am Ergebnis nicht Wesentliches ändern. Der Dekan wäre dann wegen Geschehenlassens rechtswidriger Taten eines Untergebenen als Täter nach § 357 i.V.m. § 203 StGB mit gleicher Strafe bedroht.[29]

Im konkreten Einzelfall wird sich die Frage der Tatbestandsmäßigkeit der Untätigkeit eines Dekans vornehmlich auf die Frage konzentrieren, ob sein Unterlassen ursächlich für die Geheimnisverletzung durch den Sachbearbeiter des Prüfungsamtes war oder nicht. Es wird zu prüfen sein, ob bei pflichtgemäßem Eingreifen im Rahmen seiner gesetzlichen Aufsicht er die Übergabe von Prüfungsakten an die Mitglieder des Prüfungsausschusses verhindern konnte oder nicht. Seine Untätigkeit ist nur ursächlich und damit strafbar, wenn er die Möglichkeit hatte, dem Sachbearbeiter des Prüfungsamtes verbindliche Anweisungen zur Weiterleitung der Prüfungsunterlagen zu erteilen. Davon ist nach der neuen Gesetzeslage prinzipiell auszugehen.

---

24 Vgl. Ausführungen unter I, 3.
25 Vgl. *Jähnke*, a.a.O., Fn. 20, § 203 Rn. 42.
26 Vgl. *Geilen* in Kölner Kommentar zum AktG, 1985, Bd. 3, § 404 Rn. 53; *Jescheck* in: Leipziger Kommentar zum StGB, 10. Aufl. 1985, Bd. 1, § 13 Rn. 29; *Stree* in: *Schönke-Schröder*, a.a.O., Fn. 20, § 13 Rn. 31.
27 Vgl. zum vorliegenden Abgrenzungsproblem Täterschaft – Beihilfe etwa BGHSt 18, 87, 89 ff.; *Baumann* u. a., Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1995, S. 613 ff., 610 ff.; *Roxin* in: Leipziger Kommentar zum StGB 10. Aufl., 1985, Bd. 1, § 25 Rn. 142 ff., 147.
28 Vgl. *Dreher/Tröndle*, a.a.O., Fn. 22, vor § 25 Rn. 8.
29 Vgl. zu diesem Strafgesetz näher unter III, 2.

e) Rechtswidrigkeit der Offenbarung

Ein, wie dargelegt, tatbestandsmäßiges Verhalten eines Amtsträgers der Hochschule könnte durch entsprechende Offenbarungsbefugnisse gerechtfertigt sein. Dieser Möglichkeit soll im folgenden nachgegangen werden.

aa) Offenbarung im Rahmen rechtlicher Befugnisse

Ein gesetzlich normiertes Recht oder sogar die Pflicht zur Weitergabe der genannten studentischen Geheimnisse an Dritte existiert nicht. Die als Satzungen erlassenen Prüfungsordnungen können als untergesetzliche Normen eine entsprechende Befugnis nicht begründen, zumal die entsprechenden Regelungen gesetzeswidrig sind. Das gilt erst recht in bezug auf eventuelle einschlägige Verwaltungsvorschriften.[30] Innerbehördliche Mitteilungen sind nur soweit zulässig, als sie zur rechtmäßigen Sacherledigung erforderlich sind. Der zuständige Sachbearbeiter des Prüfungsamtes darf die anvertrauten Geheimnisse deshalb auch anderen Mitarbeitern der Hochschulverwaltung nur zugänglich machen, soweit diese funktionell in der konkreten Angelegenheit zuständig sind. Ansonsten verletzt er seine Verschwiegenheitspflicht gemäß § 203 Abs. 2 StGB.[31] Die Offenbarungsbefugnisse gem. § 203 Abs. 2, 2. Halbsatz bestehen nicht für Geheimnisse im Sinne des § 203 Abs. 2 S. 1.
An der Rechtswidrigkeit einer unbefugten Offenbarung ändert auch die Tatsache nichts, daß der Informierte seinerseits als Amtsträger einer Schweigepflicht unterliegt.

bb) Einverständnis oder Einwilligung des Geheimnisträgers

Es ist zu erwarten, daß gegen die Tatbestandsmäßigkeit eingewandt wird, daß die Studenten ausdrücklich oder konkludent ihr Einverständnis mit der Antragsstellung oder Übergabe ihrer Angelegenheit an die Mitglieder des Prüfungsausschusses erklärt bzw. in diese eingewilligt hätten. Soweit nicht der Studierende selbst den Verwaltungsvorgang in Gang gesetzt hat, wird man möglicherweise versuchen, seine mutmaßliche Einwilligung zu unterstellen.
Die umstrittene Frage, ob eine rechtswirksame Erlaubnis des Geheimnisgeschützten zur Offenbarung als Einverständnis die Tatbestandsmäßigkeit beseitigt oder aber als Einwilligung den Täter lediglich rechtfertigt, soll hier nicht näher behandelt werden, da beide Auffassungen in den hier interessierenden Fallgestaltungen zum gleichen Ergebnis führen. Mit der h.M. wird die Erlaubnis im weiteren als rechtfertigende Einwilligung behandelt.
Durch die insoweit nichtigen Prüfungsordnungen wird bei den Studenten der Eindruck erweckt, daß ihr Antrag oder Widerspruch nur dann bearbeitet wird, wenn sie an den Prüfungsausschuß oder dessen Vorsitzenden gerichtet werden. Wenn deshalb die Studenten sich an diese Forderung der Prüfungsordnung halten, kann daraus nicht ihr Einverständnis mit der Bekanntgabe ihrer persönlichen Geheimnisse an die Mitglieder eines in Wahrheit nicht legitimierten Prüfungsausschusses gefolgert werden. Sowohl für ein tatbestandsausschließendes ausdrückliches wie konkludentes Einverständnis als auch für eine rechtfertigende Einwilligung fehlt es an der notwendigen Freiwilligkeit seitens der Betroffenen.
Durch die Prüfungsordnung wird auf die Studenten ein faktischer Zwang ausgeübt, persönliche Lebenssachverhalte dem vorgeblich allein zuständigen Prüfungsausschuß zu überantworten, da nur dieser sie angeblich bearbeiten wird. Diese Unausweichlichkeit schließt eine Entscheidungsfreiheit des Studenten, wem er seine privaten Geheimnisse offenbart, und damit eine rechtfertigende Einwilligung aus.[32]
Auch auf eine mutmaßliche Einwilligung wird sich keiner der Amtsträger zu seiner Rechtfertigung berufen können, da der betroffene Student in der Regel nicht auf die Wahrung seiner Geheimnisse zweifelsfrei verzichtet haben wird und gegebenenfalls ausdrücklich befragt werden könnte, ob er mit der Weitergabe seiner Geheimnisse an einen sachlich unzuständigen Prüfungsausschuß einverstanden ist.[33] Sonstige Rechtfertigungsgründe brauchen bei den zu untersuchenden Fallgestaltungen nicht in Betracht gezogen zu werden.

f) Innere Tatseite

Der Täter muß vorsätzlich gehandelt haben (§ 15 StGB), zumindest bedingt vorsätzlich.
Für den erforderlichen Vorsatz muß der Täter nicht nur wissen, daß er ein fremdes Geheimnis Außenstehenden offenbart, sondern auch seine Tätereigenschaft kennen. Nachdem an allen Fachbereichen des Landes in Folge der neuen Gesetzeslage sowie einer sogenannten Eckdatenverordnung des Ministeriums für Wissenschaft und Forschung vom 17. 3. 1994[34] neue Prüfungsordnungen beraten und verabschiedet und dabei notwendigerweise auch die neuen Aufgaben des Dekans intensiv diskutiert werden, kann über das Vorliegen des erforderlichen Wissens bei allen in Betracht kommenden Amtsträgern kein Zweifel bestehen. Das diesbezüglich durch die FH Bielefeld angeschriebene Ministerium für Wissenschaft und Forschung des Landes NRW hat denn auch der Hochschule lakonisch durch Erlaß mitgeteilt: »Die Aufgaben, die dem Dekan kraft Gesetzes übertragen sind, ergeben sich eindeutig aus § 23 FHG und bedürfen m.E. keiner näheren Erläuterung.«[35] Die Tatumstände sind somit für alle beteiligten Amtsträger offenkundig.
Geltend gemacht werden könnte von den potentiellen Tätern ein Irrtum über die Befugnis zur Offenbarung gegenüber dem Prüfungsausschuß. Die Täter irren dabei nicht über den Geheimhaltungswillen des Studierenden, der zum Ausschluß des Vorsatzes gemäß § 16 StGB führen würde.[36] Der Sachbearbeiter des Prüfungsamtes, der Vorsitzende des Prüfungsausschusses wie der Dekan wissen, daß der Student durch die Prüfungsordnung angehalten wird, den unzuständigen Prüfungsausschuß anzurufen. Ihre Fehlvorstellung beruht gegebenenfalls allein auf der falschen Wertung der Wirksamkeit einer unfreiwillig gegebenen Einwilligung des Studenten. Es handelt sich somit lediglich um einen indirekten Verbotsirrtum,[37] der für den Amtsträger jedoch zumindest in aller Regel vermeidbar ist. Der Täter kann deshalb nur auf eine Strafmilderung gem. § 49 Abs. 1 StGB hoffen.

---

30 Vgl. *Dreher/Tröndle,* a.a.O., Fn. 22, § 203 Rn. 27.
31 Vgl. *Jähnke,* a.a.O., Fn. 20, § 203 Rn 97.
32 Vgl. BGHSt 17, 359, 360; *Meyer,* Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984, S. 130.
33 Vgl. BGHZ 115, 123, 126; *Jähnke,* a.a.O., Fn. 20, § 203 Rn. 81; *Langkeit,* Umfang und Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht gemäß § 203 I Nr. 1 StGB, NStZ 1994, 6, 7.
34 GV. NW S. 138.
35 a.a.O., Fn. 18.
36 Vgl. *Jähnke,* a.a.O., Fn. 20, § 203 Rn. 116; BGHSt 4, 355, 356; OLG Köln MDR 1962, 591.
37 Vgl. BGHSt 12, 379, 382.

g) Antragserfordernis

Die Strafverfolgung einer Geheimnisverletzung des § 203 Abs. 2 StGB setzt gemäß § 205 StGB einen Antrag des Verletzten voraus. Diesen Strafantrag muß der betroffene Student innerhalb von drei Monaten vom Ablauf des Tages an gerechnet stellen, an dem er von der Tat erfährt (§ 77b StGB).

2. Die Verleitung Untergebener zu Straftaten (§ 357 StGB)

a) Täterkreis

Die Strafvorschrift des § 357 StGB, der sogen. Konnivenz, ist ein Amtsdelikt. Als Täter kommen einerseits Amtsträger gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB in Betracht, die Vorgesetzte eines rechtswidrig handelnden Untergebenen sind. Täter dieser Tatbestandsalternative können der Kanzler, der mit der Aufsicht befaßte Beamte des Ministeriums für Wissenschaft und Forschung und der Rektor sein. Die übrigen Rektoratsmitglieder sind keine Vorgesetzten der Sachbearbeiter des Prüfungsamtes. Als Amtsträger ist ihnen aber Aufsicht und Kontrolle gem. § 20 Abs. 2, 3 UG bzw. § 16 Abs. 2, 3 FHG über die Tätigkeit der Sachbearbeiter des Prüfungsamtes übertragen. Die Prorektoren können sich deshalb möglicherweise nach § 357 Abs. 2 StGB strafbar machen.

b) Aufgabe der Strafvorschrift

Das geschützte Rechtsgut ist nach *Jescheck* »das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität des Staatsapparats und in die Ordnungsmäßigkeit der Kontrolle von Untergebenen durch Vorgesetzte und Aufsichtspflichtige«.[38] Der vorgesetzte Amtsträger soll bei Verletzung seiner Aufsichtspflichten nicht nur möglicherweise als Teilnehmer der vom Untergebenen begangenen Straftat haften, sondern grundsätzlich als Täter und ohne die Möglichkeiten der Strafmilderung nach den Vorschriften der §§ 27 und 30 Abs. 1 StGB. Soweit der Vorgesetzte nicht Täter oder mittelbarer Täter des vom Untergebenen verletzten Strafgesetzes ist, schließt der Straftatbestand des § 357 StGB die allgemeinen Vorschriften über Anstiftung, erfolglose Anstiftung und Beihilfe durch Unterlassen aus.[39]

c) Tathandlungen

Als strafbare Handlungsmodalitäten kennt der Tatbestand die erfolgreiche Anstiftung (Verleitung), die erfolglose Anstiftung (das Unternehmen, zu verleiten) und die Beihilfe durch Unterlassen (Geschehenlassen) zur Straftat des Untergebenen. Der Untergebene muß dabei in Ausübung seines Amtes die Straftat begangen haben. Die Straftat des Untergebenen muß selbst nicht unbedingt ein Amtsdelikt sein. Für die hier interessierenden Fallgestaltungen ergeben sich dabei nachfolgende Erwägungen.

aa) Strafbarkeit des Rektors

Die bewußte Genehmigung einer gesetzeswidrigen Prüfungsordnung durch den Rektor beinhaltet eine Verleitung der Mitarbeiter des Prüfungsamtes zu deren späteren unbefugten Offenbarungen im Rahmen ihrer Amtstätigkeit an den unzuständigen Prüfungsausschuß. Der Rektor versucht zumindest durch seine Genehmigung bei den Sachbearbeitern der Prüfungsämter den Eindruck zu erwecken, daß die Übergabe von Prüfungsgeheimnissen an die Mitglieder des Prüfungsausschusses zulässig, ja sogar ihre dienstliche Pflicht sei. Mit seiner Genehmigung versucht er oder bestimmt er die Täter des § 203 StGB zu ihren oben dargestellten Straftaten. Sein Tatbeitrag ist deshalb als versuchte oder erfolgreiche Anstiftung zu werten. Den Tatbeitrag des Rektors wird man in den hier untersuchten Fallgestaltungen nicht als unmittelbare oder mittelbare Täterschaft zu § 203 StGB werten können.
Bei der Genehmigung ist dem Rektor bewußt, daß die Sachbearbeiter des Prüfungsamtes sowie die Vorsitzenden der Prüfungsausschüsse im Vertrauen auf die vom Rektor genehmigte Prüfungsordnung Geheimnisse der Studenten an die Mitglieder des Prüfungsausschusses weitergeben werden. Damit hat er die für den Anstiftervorsatz erforderliche Vorstellung von den wesentlichen Merkmalen der Tat. Der Anstifter muß in seiner Vorstellung die Tat nicht in all ihren Einzelheiten erfassen.[40] Soweit ein Rektor zumindest mit bedingtem Vorsatz handelt, macht er sich deshalb nach § 357 Abs. 1 StGB strafbar.

bb) Strafbarkeit des Kanzlers

Der Kanzler ist als Dienstvorgesetzter der Sachbearbeiter des Prüfungsamtes (§ 63 UG, § 42 FHG) verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, daß seine Untergebenen nicht gegen § 203 Abs. 2 StGB verstoßen. Er ist insoweit Überwachungsgarant gemäß § 13 StGB. Läßt er wissentlich die strafbare Verletzung von Geheimnissen durch seine Untergebenen zu, so verletzt er seine Amtspflichten als Dienstvorgesetzter. Bei differenzierender Würdigung seines Tatbeitrages wird man den Kanzlers nicht als Unterlassungstäter des § 203 StGB qualifizieren. Im Gegensatz zum Dekan steht er nicht in einer besonderen Beziehung zu den verletzten Prüfungsgeheimnissen. Seine Untätigkeit unterstützt die Tat des einzelnen Sachbearbeiters, indem er ihn gewähren läßt. Es liegt deshalb gegebenenfalls Beihilfe durch Unterlassen zu § 203 StGB vor, die ein »Geschehenlassen« nach § 357 StGB beinhaltet. Da er auch in der Lage ist, die fraglichen Handlungen der Sachbearbeiter durch entsprechende Anweisungen zu verhindern, ist der Tatbestand des § 357 StGB gegeben.[41]
Als Gehilfe muß der Kanzler keine genaue Vorstellung über die Einzelheiten der Haupttaten seiner untergebenen Sachbearbeiter haben. Es reicht aus, daß sich seine Vorstellung im wesentlichen mit den durch sein Unterlassen geförderten Taten deckt.[42] Dieses wird i.d.R. gegeben sein.

cc) Strafbarkeit des Referenten des Ministeriums

Selbst bei dem die Veröffentlichung der Prüfungsordnung bewirkenden Ministerialbeamten kommt eine Strafbarkeit nach § 357 StGB in Betracht, wenn er wissentlich Satzungen mit nichtigen Regelungen veröffentlicht und im Rahmen seiner Kontrollfunktion ein für ihn erkennbares, nach § 203 StGB strafbares Verhalten an der Hochschule nicht unterbindet.

---

38 Vgl. *Jescheck* in: Leipziger Kommentar zum StGB 10. Aufl., 1988, Bd. 7, § 357 Rn. 1.
39 Vgl. BGHSt 3, 349, 350; 5, 155, 165 f.; *Jescheck*, a.a.O., Fn. 38, § 357 Rn. 9; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 4. Aufl., 1995, S. 514.
40 Vgl. BGHSt 34, 63, 66.
41 Vgl. BayObLG JZ 1951, 25.
42 Vgl. RGSt 67, 343, 344.

Wenn er als Vertreter des Dienstvorgesetzten rechtswidrige Geheimnisverletzungen der Hochschulmitglieder bewußt unterstützt, zumindest wissentlich geschehen läßt, macht auch er sich nach § 357 Abs. 1 StGB strafbar.

dd) Strafbarkeit der Prorektoren

Strafbar machen sich nach § 357 Abs. 2 StGB möglicherweise auch die übrigen Rektoratsmitglieder, wenn sie ihrer Pflicht, die Hochschulverwaltung zu kontrollieren und gegebenenfalls deren Tätigkeit zu beanstanden, nicht nachkommen.

3. Verletzung der informationellen Selbstbestimmung

a) Schutznormen im Lande NRW

Die Hochschulen im Lande NRW sind der Aufsicht des Landes unterstehende juristische Personen des öffentlichen Rechts, für die gem. § 2 Abs. 1 DSG NW das Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen maßgebend ist. Keine Anwendung findet auf die hier behandelten Sachverhalte deshalb das Bundesdatenschutzgesetz (§ 1 Abs. 2 Ziff. 2 BDSG).[43]
Anders als § 43 BDSG bedroht das neue DSG NW in § 33 nur noch die qualifizierte Datenverletzung mit Kriminalstrafe. Die Tathandlung muß »gegen Entgelt oder in der Absicht, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen« begangen werden. Diese Tatbestandsmerkmale fehlen bei den hier erörterten Sachverhalten. Eine Verletzung der im Lande NRW maßgebenden einschlägigen Strafvorschrift braucht deshalb nicht weiter untersucht zu werden. Zu prüfen bleibt lediglich, ob nicht der Bußgeldtatbestand des § 34 DSG NW durch die Offenbarung der Prüfungsgeheimnisse verletzt wird.

b) Ordnungswidrigkeiten nach § 34 DSG NW

Geschütztes Rechtsgut ist das vom Bundesverfassungsgericht in seinem »Volkszählungsurteil« entwickelte Grundrecht auf »informationelle Selbstbestimmung«,[44] das das Land NRW als erstes Bundesland als »Grundrecht auf Datenschutz« in seiner Verfassung verankert hat. (Art 4 Abs. 2 LV NW).

aa) Tathandlung

Von den verschiedenen, in § 34 DSG NW genannten Tatmodalitäten kommt im Rahmen der hier zu untersuchenden Fallgestaltungen nachfolgende in Betracht: »Ordnungswidrig handelt, wer entgegen den Vorschriften dieses Gesetzes personenbezogene Daten, die nicht offenkundig sind, ... weitergibt ...«.
Studien- und Prüfungsbewertungen sowie persönliche Angaben zur Begründung von Anträgen in Prüfungsangelegenheiten sind personenbezogene Daten im Sinne des § 3 Abs. 1 DSG NW, da es sich unzweifelhaft um Einzelangaben über persönliche Verhältnisse eines bestimmten Studierenden handelt. Diese personenbezogenen Daten des Studenten sind nicht offenkundig, denn sie sind nicht unmittelbar aus allgemein zugänglichen Quellen zu entnehmen.[45] Als Tathandlung wird in § 34 DSG NW nicht nur wie in § 44 BDSG die Übermittlung mit Geldbuße bedroht, sondern die »Weitergabe« der Daten. Somit wird in NRW auch die an die Übermittlung sich anschließende Weitergabe der geschützten Daten an dritte und vierte Personen als Ordnungswidrigkeit sanktioniert.[46] Soweit Daten eines Studierenden, die nicht offenkundig sind, durch Sachbearbeiter des Prüfungsamtes, den Vorsitzenden des Prüfungsausschusses oder durch den Dekan an Mitglieder des Prüfungsausschusses offenbart werden, liegt hierin eine tatbestandsmäßige Weitergabe im Sinne des § 34 DSG NW.

bb) Unzulässigkeit der Datenweitergabe

Die Weitergabe muß unbefugt erfolgen. Eine Datenverarbeitung ist gem. § 4 DSG NW dem Täter nur gestattet, wenn eine Rechtfertigung sich aus dem DSG NW oder anderen Rechtsvorschriften ergibt oder der betroffene Student in die Datenverarbeitung eingewilligt hat. Aus den Erlaubnisregelungen der §§ 12–17 DSG NW ergibt sich keine Rechtfertigung für die Bekanntgabe der studentischen Daten an sachlich nicht zuständige Mitglieder eines Prüfungsausschusses.
Erlaubnistatbestände anderer Rechtsvorschriften müssen den vom Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil vorgegebenen Anforderungen entsprechen. Es muß sich deshalb um eine gesetzliche Norm handeln, aus der sich Voraussetzungen und Umfang des Eingriffs in das informationelle Selbstbestimmungsrecht eindeutig ergeben.[47] Auf die zudem rechtswidrigen Regelungen der Prüfungsordnungen zum Prüfungsausschuß kann sich der Täter deshalb nicht als »anderer Rechtsvorschrift« im Sinne des § 4 DSG NW zu seiner Rechtfertigung berufen.
Eine rechtfertigende Einwilligung des betroffenen Studenten in die Verarbeitung seiner Daten in Form der Weitergabe scheidet aus den schon unter III 1. e) bb) genannten Gründen aus, zumal § 4 DSG NW strenge Anforderungen an die Wirksamkeit einer Einwilligung stellt.

cc) Innere Tatseite

Der erforderliche Vorsatz ist bei den in Betracht kommenden Tätern aus den schon genannten Gründen auch hier gegeben. In Betracht kommt allenfalls, wie dargelegt, ein vermeidbarer Verbotsirrtum, der gem. § 11 Abs. 2 OWiG nicht von der Strafe befreit. Fahrlässige Verletzungen des Datengeheimnisses sind im Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 34 DSG NW seit der Gesetzesnovellierung von 1988 nicht mehr poenalisiert.

dd) Konkurrenz von Straftaten und Ordnungswidrigkeit

Die Weitergabe studentischer Daten an die Mitglieder des Prüfungsausschusses kann als Handlung sowohl den Straftatbestand des § 203 bzw. des § 357 StGB als auch den Bußgeldtatbestand des § 34 DSG NW verletzen. Nach § 21 Abs. 1 OWiG tritt bei diesem Zusammentreffen die Ordnungswidrigkeit generell hinter das verletzte Strafgesetz zurück. Bei der Verurteilung wegen der Straftat bleibt die Ordnungswidrigkeit unberücksichtigt.

---

43 Vgl. OVG Münster XV A 2716/78 in: *Simitis* u. a., Dokumentation zum Bundesdatenschutzgesetz, Stand 1995, Bd. 3 Entscheidungssammlung, Art. 4 Abs. 2 LV NW, E 1.
44 Vgl. BVerfGE 65, 1, 43 f.
45 Vgl. BGHSt 6, 292, 293; *Bergmann* u. a., Datenschutzrecht, Stand 1995, Bd. 1, § 43 BDSG Rn. 20; *Auernhammer,* Bundesdatenschutzgesetz Kommentar, 3. Aufl., 1993, § 43 Rn. 3.
46 Vgl. *Bergmann* u. a., a.a.O., Fn. 45, Bd. 2, § 33 DSG NW, Anm. 3.1.
47 Vgl. BVerfGE 65, 1, 44.

Wird eine Strafe »nicht verhängt«, so lebt gem. § 21 Abs. 2 OWiG der subsidiäre Bußgeldtatbestand aber wieder auf. Die wichtigsten der hier interessierenden Fallmodalitäten sind:

1. Das Strafverfahren wird gem. § 170 Abs. 2 StPO eingestellt.
2. Der für die Straftaten erforderliche Strafantrag wird nicht gestellt.
3. Die dreimonatige Antragsfrist des § 77b StGB für eine Strafverfolgung wird versäumt.
4. Die Verfolgung der Straftat wird aus Opportunitätsgründen nach den §§ 153ff. StPO eingestellt.[48]

Soweit die Straftat nach § 153a StPO eingestellt wird, liegt eine Sachentscheidung vor, die nach allgemeiner Auffassung die Ahndung der Ordnungswidrigkeit gem. § 21 Abs. 2 ausschließt.[49]

ee) Verfolgungszuständigkeit und -voraussetzungen

Zuständig für die Verfolgung der Ordnungswidrigkeit ist gem. § 36 Abs. 1 Nr. 1 OWiG die durch Gesetz bestimmte Verwaltungsbehörde. Als Verwaltungsbehörden für die Verfolgung der Verletzung des § 34 DSG NW sind in § 34 Abs. 3 DSG NW die Bezirksregierungen Arnsberg und Köln bestimmt.

Das Strafantragserfordernis des § 205 StGB erstreckt sich nicht auf § 34 DSG NW.[50] Deshalb kann in den oben genannten vier Fallgestaltungen des § 21 Abs. 2 OWiG die Verletzung des Datengeheimnisses durch die zuständige Bezirksregierung noch mit einer Geldbuße geahndet werden.

Da die Ordnungswidrigkeit des § 34 DSG NW mit Geldbuße bis zu einhunderttausend Deutsche Mark bedroht ist, beträgt die Verfolgungsverjährungsfrist gemäß § 31 Abs. 2, Nr. 1 OWiG drei Jahre. Versäumt der rechtsunkundige Student die rechtzeitige Stellung des Strafantrags, kann er in jedem Fall noch die Verwaltungsbehörde um Verfolgung der Tat als Ordnungswidrigkeit ersuchen.

48 Nach h. M. wird hier im Sinne des Gesetzes »eine Strafe nicht verhängt«, vgl. etwa *Göhler,* OWiG Kommentar, 11. Aufl., 1995, § 21 Rn. 27; a. A. *Bohnert* in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 1989, § 21 Rn. 28, 31; entgegen der bisherigen BGH-Rspr. neuestens aber OLG Frankfurt mit Beschluß vom 4. 5. 1995, NStZ 1996, 272.

49 Vgl. *Göhler,* a.a.O., Fn. 48, § 21 Rn. 27; *Bohnert,* a.a.O., Fn. 48, § 21 Rn. 33

50 Vgl. *Göhler,* a.a.O., Fn. 48, § 21 Rn. 28.

Der VOL-Vertrag:

Vergabeunterlagen und Vertragsbedingungen bei Aufträgen der öffentlichen Hand

Hans Schaller, Burglengenfeld

In ihrem Teil A, den »Allgemeinen Bestimmungen«, regelt die Verdingungsordnung für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen (VOL/A) das Vergabeverfahren der öffentlichen Auftraggeber bis zum Vertragsabschluß. § 9, eine Zentralvorschrift dieser Verdingungsordnung, die sich an die öffentlichen Auftraggeber wendet, legt fest welche Vertragsunterlagen erforderlich sind und nach welchen Vertragsbedingungen die Auftragsabwicklung erfolgen soll.

Vergabeunterlagen – Vertragsbestandteile

Die Vergabeunterlagen bestehen beim VOL – Vertrag aus
- dem Anschreiben (Aufforderung zur Abgabe eines Angebots) und
- den Verdingungsunterlagen (§ 9 Nr. 1 VOL/A)

Im Anschreiben wird der Unternehmer aufgefordert, ein Angebot zu den ausgeschriebenen Leistungen abzugeben. Das Anschreiben
- erhalten interessierte Bieter die sich auf die öffentliche Ausschreibung oder auf eine beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb gemeldet haben,
- soll dem Unternehmer neben den Verdingungsunterlagen zusätzliche Informationen vermitteln, die für den Entschluß, ein Angebot abzugeben, wichtig sind,
- muß alle Einzelheiten über Art und Umfang der Leistung enthalten, damit die Unternehmer ihr Angebot kalkulieren können,
- ergänzt die detaillierten Einzeldarlegungen des Leistungsverzeichnisses.

In den Verdingungsunterlagen werden die rechtlichen Bedingungen für die Vertragsabwicklung festgelegt.

Für Verträge der öffentlichen Hand sind dies
- die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/B),
- etwaige zusätzliche, ergänzende, besondere oder – soweit erforderlich – technische Vertragsbedingungen,

die Bestandteil des Vertrages werden (§ 9 Nrn. 1 und 2 VOL/A).

Sämtliche Vertragsbedingungen werden allerdings nur dann Bestandteil des Vertrages, wenn dies ausdrücklich vereinbart ist. Ohne eine derartige Vereinbarung würde, vor allem für die öffentlichen Auftraggeber, eine äußerst nachteilige Regelungslücke entstehen.

Es genügt auch nicht, wenn die Bedingungen den Vertragsunterlagen beigegeben werden. In der Praxis empfiehlt es sich, die in Frage kommenden Vertragsbedingungen als Teil des Angebots des Bewerbers zu bezeichnen (vgl. § 9 Nr. 2 Satz 1 VOL/A). Mit dem Zuschlag werden diese dann Vertragsbestandteil. Ihre Verletzungen durch einen der beiden Vertragspartner ist mit den sich aus dem Vertrag und den gesetzlichen Vorschriften ergebenden Folgen verbunden.